



REPÚBLICA DE PANAMÁ
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS



RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EXPEDIENTE No. 019-2019

RECURRENTE: RADITEK INC.

ACTO IMPUGNADO: Resolución 018-19 de 14 de febrero de 2019, por el cual se adjudicó el acto público de selección de contratista para la Licitación Pública No.2018-1-51-01-08-LP-001109, emitida por el Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá.

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ.

RESOLUCIÓN No.090-2019-Pleno/TACP de 30 de mayo de 2019. (Decisión)

CONSIDERANDO QUE:

El Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado a través de la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, crea en su artículo 136 al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, como ente independiente e imparcial, con jurisdicción en todo el territorio de la República de Panamá, el cual tiene competencia para conocer en única instancia el recurso de impugnación contra el acto de adjudicación, la declaratoria de deserción o el acto o resolución por la cual se rechazan las propuestas, emitidos por las entidades en los procedimientos de selección de contratista.

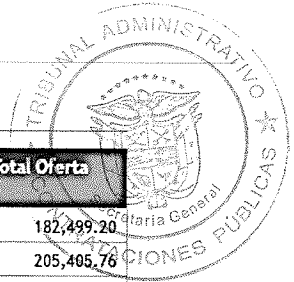
De igual forma, el Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, por el cual se reglamenta el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 61 de 2017, en sus artículos 207 y subsiguientes, establece las condiciones y requisitos para la presentación del recurso de impugnación con indicación expresa de los documentos que deben acompañar el libelo del recurso.

I. ANTECEDENTES.

El 23 de abril de 2018, el Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá convocó al acto público de selección de contratista para la Licitación Pública No.2018-1-51-01-08-LP-001109, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, para *"uniformes de fatiga conjunto: camisa y pantalón; color azul navy"*, con un precio de referencia de TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.352,000.00).

A la celebración del acto público concurrieron los siguientes proponentes:

27



Propuestas Recibidas

RUC	Nombre Proponente	Fecha y Hora Ingreso Oferta	Precio Total Oferta
317-441-70945-73	confecciones comodoro, S.A.	26-06-2018 11:03 a.m.	182,499.20
266305-1-405327-38	VELCO IMPORT & EXPORT S.A.	26-06-2018 09:22 a.m.	205,405.76
946-432-107473-88	Govil Internacional, S.A.	26-06-2018 10:39 a.m.	149,800.00
932149-1-521879	CIFSA, S.A.	26-06-2018 11:16 a.m.	316,377.60
44844-166-297492-94	FIORI INTERNAZIONALE, S.A.	26-06-2018 11:34 a.m.	171,200.00
1112719-1-562503-38	ARKANSAS CORPORATION	26-06-2018 09:38 a.m.	248,240.00
155612262-2-2015-69	THERAFIT PANAMA SA	26-06-2018 10:10 a.m.	280,768.00
1361359-1-619797-72	RADITEK INC.	24-06-2018 09:39 p.m.	126,345.60
1853246-1-714142	Gas Oil Field Solutions Panama	24-06-2018 11:18 p.m.	260,224.00
872-141-102573-21	IMPORTADORA CENTRAL S.A.	25-06-2018 09:31 a.m.	202,016.00

El acto administrativo impugnado (*Resolución 018-19 de 14 de febrero de 2019*), fue publicado el 14 de febrero de 2019 en el sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, y con el se adjudicó el acto público No.2018-1-51-01-08-LP-001109 a CONFECCIONES COMODORO, S.A., por un monto de CIENTO OCHENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE BALBOAS CON 20/100 (B/.182,499.20).

El 21 de febrero de 2019, la licenciada ADRIANA SERRANO HERBRUGER, en su calidad de apoderada especial de **RADITEK INC.**, interpuso recurso de impugnación en contra de la citada Resolución 018-19 de 14 de febrero de 2019, emitida por el Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá.

Junto al libelo del recurso, la parte actora presentó Fianza de Impugnación consistente en Cheque Certificado No.000732, expedido por Banco General a la orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas / Contraloría General de la República, por la suma de DOCE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO BALBOAS CON 00/100 (B/.12,635.00), de acuerdo a la Diligencia de Consignación No.014-2019 de 21 de febrero de 2019, que reposa a foja 031 del expediente del Tribunal.

II. ADMISIÓN DEL RECURSO DE IMPUGNACIÓN.

Este Tribunal previa verificación del cumplimiento de la normativa aplicable al recurso de impugnación, promovido por **RADITEK INC.**, procedió a darle curso según el procedimiento señalado en la Ley y su reglamento, admitiendo el mismo mediante Resolución No.015-2019/TACP de 22 de febrero de 2019 (Admisión), visible de foja 044 a 046 del expediente del Tribunal.

III. PRETENSIONES DE LA RECURRENTE.

La impugnante requirió en su escrito que “se revoque la Resolución 018-19 de 14 de febrero de 2019 del Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá que determinó la adjudicación de la Licitación Pública No.2018-1-51-01-08-LP-001109; se devuelva el derecho vulnerado y se les adjudique el acto público No.2018-1-51-01-08-LP-001109; y se le ordene al Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá, la celebración del contrato que deviene del acto público...”

Adicional, la parte actora señaló, entre otros, que “en el pliego de cargos no se fijó un porcentaje de riesgosisd y la Comisión descalificó su propuesta emitiendo un Informe de verificación carente de motivación y basado en un criterio totalmente subjetivo e inexistente, violentando a todas luces su propio pliego de cargos y

21



adicionalmente a los artículos 21, 23 y 28 del Texto Único de la Ley 22 de 2006. Quedando demostrado que la Comisión actuó de manera alejada a los criterios estipulados por ellos mismos en el pliego de cargos y adicionalmente, dejó de buscar el mayor beneficio para el Estado, ya que con su propuesta se estaría adquiriendo productos que cumplieran los requerimientos técnicos exigidos por la entidad licitante y adicionalmente estarían ahorrando una gran suma de dinero...”

RADITEK INC. manifestó que “a su criterio, la decisión adoptada por la entidad licitante violentó los principios de confianza legítima y de buena fe que gravitan en la contratación pública...”; ya que, “la entidad sin mayor explicación ni motivación adecuada, violentó estos principios, basándose en criterios subjetivos y discrecionales, estipulando que su propuesta era riesgosa, cuando existió evidencia suficiente de que no era riesgosa, y que cumplía a cabalidad con lo solicitado y que adicionalmente, el Estado estaría ahorrando una gran suma de dinero, el cual podría invertir en otras adquisiciones”.

Igualmente, la recurrente indicó que “... para el acto público el precio de referencia unitario fue de \$110.00... En ese mismo orden de ideas, no comprendieron por qué motivo el Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá, le asignó un alza del precio de referencia para el acto público que impugnaron; pasaron un promedio de \$72.48 a \$100.00 por unidad, lo que representó un aumento del 52%, aun cuando en dicha ocasión se estaba adquiriendo más unidades, por lo que la economía de escala debió haber influenciado aún más hacia la baja del precio de referencia, y no hacia arriba como lo estableció la institución...”.

A su vez, **RADITEK INC.** suministró en su escrito de impugnación, algunos ejemplos de actos públicos licitados para el suministro del mismo rubro objeto del presente recurso; así como, los porcentajes de riesgosisdad de las propuestas participantes en atención al precio de referencia...

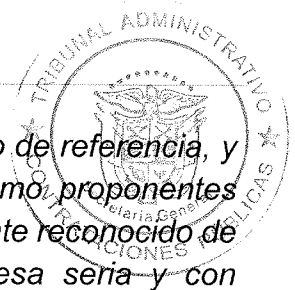
Ejemplos de otros actos públicos:

1. Acto Público No. 2017-1-51-01-08-LP-000081 – Precio de Referencia \$107,000.00 – 1,445 unidades - \$74.05 precio de referencia unitario
2. Acto Público No. 2017-1-51-01-08-CM-000122 – Precio de Referencia \$23,000.00 – 320 unidades - \$71.88 precio de referencia unitario
3. Acto Público No. 2017-1-51-01-08-CM-000204 – Precio de Referencia \$22,080.00 – 320 unidades - \$69.00 precio de referencia unitario
4. Acto Público No. 2017-1-51-01-08-LP-000462 – Precio de Referencia \$150,000.00 – 2,000 unidades - \$75.00 precio de referencia unitario

Porcentaje de riesgosisdad de los proponentes del acto público No.2018-1-51-01-08-LP-001109:

EMPRESA	Propuesta Económica	% respecto al precio de referencia
Raditek Inc.	\$126,345.60	35.89%
Govil Internacional S.A.	\$149,800.00	42.55%
Fiori Internazionale S.A.	\$171,200.00	48.86%
Confecciones Comodoro S.A.	\$182,499.20	51.85%
Importadora Central S.A.	\$202,016.00	57.40%
Velco Import & Export S.A.	\$205,405.76	58.35%
Arkansas Corporation	\$248,240.00	70.52%
Gas Oil Field Solutions Panama	\$260,224.00	73.93%
Therafit Panama S.A.	\$280,768.00	79.76%
CIFSA, S.A.	\$316,317.60	90%

De los ejemplos anteriores, **RADITEK INC.** señaló que “6 de 10 empresas



proponentes se encontraron debajo o alrededor del 50% del precio de referencia, y no cualquier tipo de empresas; por ejemplo, se presentaron como proponentes GOVIL INTERNACIONAL S.A., empresa fundada en 1973, fabricante reconocido de uniformes escolares y textiles de todo tipo en Panamá, empresa seria y con trayectoria, y su precio se situó en el 42.55% del precio de referencia. Por otro lado, CONFECCIONES COMODORO, empresa fundada en el año 1957, reconocida en el mercado panameño e internacional por sus famosas Guayaberas Alberto Pons y otros productos textiles, y su precio se situó en el 51.85% del precio de referencia... Que no cabe duda alguna de que el precio de referencia estipulado para el acto público estaba desfasado y en discordia con el mercado local panameño, producto de un estudio de mercado deficiente, el cual era responsabilidad única y exclusivamente de la entidad, por tanto, no le es dable a la entidad querer ahora aplicar una regla subjetiva de tolerancia del 50% de riesgosisd y mucho menos basándose en un precio de referencia irresponsable y mal elaborado...”

IV. PRESENTACIÓN DEL INFORME DE CONDUCTA Y EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO POR PARTE DE LA ENTIDAD.

El Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá, con Nota DG-BCBRP-0160/2019 fechada el 07 de marzo de 2019, remitió copia autenticada del expediente administrativo, así como el Informe de conducta (visible de fojas 057 a 059 del expediente del Tribunal), el cual contiene el recuento del acto público, desde su convocatoria hasta la publicación del acto administrativo impugnado.

En el aludido Informe de conducta, la entidad contratante indicó entre otros, que la Comisión Verificadora en atención a los artículos 43 y 73 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, tomó como base el precio de referencia estipulado en el acto público y el margen de tolerancia a cumplir del 50% del precio de referencia.

V. CAUDAL PROBATORIO.

El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, a través de la Resolución No.015/TACP de 08 de mayo de 2019, se pronunció sobre las pruebas aducidas por el recurrente y requirió al Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá, remitir las muestras presentadas por cada proponente que participó del acto público No.2018-1-51-01-08-LP-001109, para “uniformes de fatiga conjunto: camisa y pantalón; color azul navy” (fojas 068 a 071 del expediente del Tribunal).

Así, el Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá, con Nota DG-BCBRP-0370/2019, recibida en el Tribunal el 15 de mayo de 2019 (foja 080 del expediente jurídico), hizo “entrega física de las muestras presentadas por los nueve proponentes...”

VI. ALEGATOS DE LAS PARTES.

El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, mediante Resolución No.014-2019/TACP de 19 de junio de 2017 (Alegatos), comunicó a las partes que podían presentar sus alegatos ante esta Colegiatura, por el término de dos (2) días hábiles posteriores a la notificación de dicha Resolución, en el sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra* (fojas 090 a 091 del expediente del Tribunal).

87



El Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá, en su escrito presentado el 22 de mayo de 2019, reafirmó lo expuesto en su informe de conducta y solicitó que se *“tomen en consideración las necesidades que tiene la Institución y la carencia de uniformes que tienen los bomberos a nivel nacional y que desde abril del año 2018, su institución tiene la intención de suplir dicha necesidad y solventar la carencia que sufren los bomberos”* (fojas 099 a 100 del expediente del Tribunal).

VII. ANÁLISIS DELIBERATIVO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

Iniciamos nuestro análisis señalando que el procedimiento de selección de contratista adjudicado es una Licitación Pública, consagrada en el artículo 53 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado a través de la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, cuya reglamentación se encuentra en el Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, el cual establece que es el procedimiento de selección de contratista en el que el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos. Este procedimiento se utilizará cuando el monto de la contratación sea superior a los cincuenta mil.

La modalidad de adjudicación del acto público de selección de contratista para la Licitación Pública No.2018-1-51-01-08-LP-001109 fue global; y el criterio de selección establecido fue que se adjudicaría al proponente que ofertó el precio más bajo y que a la vez cumpliera con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos.

El acto administrativo impugnado lo constituye la Resolución 018-19 de 14 de febrero de 2019, proferida por el Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá, la cual en síntesis señala lo siguiente:

Resuelve:

ADJUDICAR EL ACTO PÚBLICO N°2018-1-51-01-08-LP-001109 POR LA ADQUISIÓN DE 3200 UNIDADES DE UNIFORME DE FATIGA CONJUNTO: CAMISA Y PANTALÓN. COLOR AZUL NAVY. A LA EMPRESA CONFECCIONES COMODORO, S.A. POR UN MONTO DE CIENTO OCHENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE BALBOAS CON 20/100. (B/ 182,499.20).

Corresponde a este Tribunal entrar a dilucidar la controversia, referente a lo argumentado por la recurrente y la entidad contratante, así como analizar cada una de las piezas procesales que reposan en el expediente administrativo, y en el registro electrónico del acto público de marras.

A la luz del Principio de Economía, contemplado como uno de los pilares de la contratación pública, en el artículo 22 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado a través de la Ley 61 de 2017, el Estado tiene el deber de implementar las medidas que aseguren en todo acto de selección de contratista el mayor beneficio y plena justicia en la celebración del mismo, por tales motivos tiene que adoptar los procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que se presenten.

Por su parte, el Principio de Transparencia, desarrollado en el artículo 21 del referido Texto Único, indica en su numeral 5 que los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación precontractual, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del acto.

9



De igual forma, la adjudicación de los actos de selección de contratistas, está reglamentada en el artículo 65 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado a través de la Ley 61 de 2017, el cual establece que, si el jefe de la entidad pública contratante o el funcionario en que se delegue considera que se ha cumplido las formalidades establecidas en la citada Ley, adjudicará el acto de selección de contratista.

***“Artículo 65. Adjudicación de los actos de selección de contratistas.** Si el jefe de la entidad pública contratante o el funcionario en quien se delegue considera que se han cumplido las formalidades establecidas por esta Ley, adjudicará o declarará desierto el acto de selección de contratista, mediante resolución motivada, en un plazo no mayor de cinco días hábiles. En el caso de que se declare desierto un acto de selección de contratista, se hará con base en lo señalado en el artículo siguiente. En la contratación menor se adjudicará, declarará desierto o rechazarán las propuestas en el respectivo cuadro de cotizaciones, el cual deberá contener la información original del acto, un número secuencial, indicación del fundamento legal, la posibilidad de interposición del recurso de impugnación, fecha y firma del representante legal de la entidad o el servidor público delegado, al cual se adjuntarán los documentos de cada propuesta recibida.*

Las personas que se consideren agraviadas con la decisión podrán recurrir por la vía gubernativa, conforme a las reglas del procedimiento administrativo instituido en el artículo 146, sin perjuicio de acudir a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, para promover la acción contenciosa.”

Aunado a lo anterior, el artículo 125 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, señala que, cumplidas las formalidades establecidas en la Ley, este Reglamento y el pliego de cargos, el jefe o representante de la entidad contratante que convoca el acto o el servidor público en quien se delegue, procederá a adjudicar el acto de selección de contratista, a través de resolución motivada en un período no mayor de cinco días hábiles.

De esta manera, el artículo 2 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante Ley 61 de 2017 desarrolla algunos conceptos, entre los cuales podemos citar:

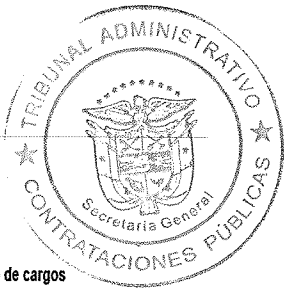
***“Pliego de Cargos:** Conjunto de requisitos exigidos unilateralmente por la entidad licitante en procedimientos de selección de contratista para el suministro de bienes, la construcción de obras públicas o la prestación de servicios, incluyendo los términos y las condiciones del contrato que va a celebrar, los derechos y obligaciones del contratista y el procedimiento que se va a seguir en la formalización y ejecución del contrato. En consecuencia, incluirá reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones.*

En el pliego de cargos no se podrán insertar requisitos o condiciones contrarias a la ley y al interés público. Cualquier condición contraria a esta disposición será nula de pleno derecho.”

(Lo resaltado es nuestro).

Así las cosas, en la revisión del pliego de cargo del acto público de selección de contratista para la Licitación Pública No.2018-1-51-01-08-LP-001109, observamos que el Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá, indicó que **no aplicaba el porcentaje de riesgosisdad** ni de onerosidad; que la **adjudicación era global**; y que **el criterio de selección establecido era que se adjudicaría al proponente que ofertara el precio más bajo y que a la vez cumpliera con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos.**

31



Criterios de Selección

IMPORTANTE: Será adjudicada al oferente que ofertó el precio más bajo y que a la vez cumple con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos

Porcentaje de Riesgosidad a Considerar ☒ No Aplica

Porcentaje de Onerosidad a Considerar ☐ No Aplica

En este mismo orden de ideas, el Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá, a través del Informe de la Comisión Verificadora, calendado el 19 de diciembre de 2018, manifestó que “procedieron a cumplir con lo ordenado por la Dirección General de Contrataciones Públicas y sometieron todas las propuestas presentadas a un análisis para determinar si las mismas eran riesgosas o no, según lo estipulado en el artículo 73 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, el cual señala que se consideran riesgosas las propuestas que ofrezcan un precio o condiciones técnicas de otro tipo con el cual el material resulte difícil de cumplir con el objeto del contrato”; por lo que, “para cumplir con el análisis antes mencionado, la Comisión tomó como base el precio de referencia estipulado en el acto público, prestando atención al hecho que el mismo es el resultado de un análisis de mercado realizado por la entidad licitante, que arrojó el mismo como el precio óptimo para la confección de uniformes objetos del acto público, en consecuencia, tomaron como margen de tolerancia para cumplir materialmente y sin dificultad con el objeto del contrato el 50% del precio de referencia, ya que se trató de un objeto relacionado con la industria textil y los precios tienden a incrementarse para dicha época, lo que marcó una gran diferencia entre el precio ofertado en el mes de junio y el precio del mercado actual...” (fojas 435 a 448 del expediente administrativo y en el portal electrónico de *PanamaCompra*); ya que las propuestas de todos los participantes del acto público para la Licitación Pública No.2018-1-51-01-08-LP-001109, fue por debajo del precio de referencia por ellos establecido en el pliego de cargos.



Precio Referencia: B/. 352,000.00

Nombre Proponente	Precio Total Oferta
confecciones comodoro, S.A.	182,499.20
VELCO IMPORT & EXPORT S.A.	205,405.76
Govil Internacional, S.A.	149,800.00
CIFSA, S.A.	316,377.60
FIORI INTERNAZIONALE, S.A.	171,200.00
ARKANSAS CORPORATION	248,240.00
THERAFIT PANAMA SA	280,768.00
RADITEK INC.	126,345.60
Gas Oil Field Solutions Panama	260,224.00
IMPORTADORA CENTRAL S.A.	202,016.00

Por su parte, el Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018 en sus artículos 43 y 73, hace mención a que las entidades cuando lo estimen pertinente, optativamente podrán incluir o no en el pliego de cargos el margen de riesgo u onerosidad, siempre que consideren que el monto propuesto es conveniente para los intereses del Estado y el interés público; así como que, se considerará una propuesta riesgosa, cuando ofrezca un precio o condición técnica o de otro tipo con el cual materialmente resulte difícil cumplir el objeto del contrato.

“Artículo 43. Margen de riesgo u onerosidad. Las entidades, cuando lo estimen conveniente podrán incluir en el pliego de cargos el margen de riesgo u onerosidad.
Cuando el pliego de cargos no establezca el margen de riesgo u onerosidad, la



entidad podrá adjudicar el acto público de acuerdo al criterio establecido en el pliego de cargos, siempre que considere que el monto propuesto es conveniente para los intereses del Estado y el interés público. En las licitaciones por mejor valor y en las licitaciones por mejor valor con evaluación separada, el porcentaje de onerosidad no excederá el 20% del precio estimado.”

“Artículo 73. Propuestas riesgosas, onerosas o gravosas. *Se consideran riesgosas, las propuestas que ofrezcan un precio o condiciones técnicas o de otro tipo con el cual materialmente resulte difícil cumplir el objeto del contrato. Se consideran onerosas o gravosas, las propuestas que ofrezcan un precio alejado del rango aceptado como valor de mercado del bien, obra o servicio objeto del acto de selección de contratista de que se trate.”*

Cabe resaltar, que el acto público de selección de contratista para la Licitación Pública No.2018-1-51-01-08-LP-001109, fue objeto de varias acciones de reclamo resueltas ante la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), ya que entre las alegaciones de los proponentes se indicó que, el pliego de cargos estableció con claridad que para dicho acto público no aplicaba el porcentaje de riesgosisdad, así como que el criterio de selección era adjudicar el acto al oferente que presentó el precio más bajo y que a la vez cumpliera con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos; así como lo manifestado por la DGCP en sus Resoluciones, de que la entidad contratante mediante la conformación de una nueva Comisión Verificadora, debía realizar un nuevo análisis total de todas las propuestas presentadas, para determinar si eran o no riesgosas y emitiera así un nuevo Informe de Verificación, debidamente motivado, atendiendo lo ordenado por ellos. (lo resaltado es nuestro).

Debido al mandato de la Dirección General de Contrataciones Públicas, la Comisión Verificadora del Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá, incluyó en su Informe fechado 19 de diciembre de 2018, como su “*motivación*” para fijar el margen de riesgosisdad en 50% del precio de referencia, estableciendo que “*para cumplir con el análisis antes mencionado, la Comisión tomó como base el precio de referencia estipulado en el acto público, prestando atención al hecho que el mismo es el resultado de un análisis de mercado realizado por la entidad licitante, que arrojó el mismo como el precio óptimo para la confección de uniformes objetos del acto público, en consecuencia, tomaron como margen de tolerancia para cumplir materialmente y sin dificultad con el objeto del contrato el 50% del precio de referencia, ya que se trató de un objeto relacionado con la industria textil y los precios tienden a incrementarse para dicha época, lo que marcó una gran diferencia entre el precio ofertado en el mes de junio y el precio del mercado actual...*”; análisis de mercado que no fue ubicado en los expedientes, administrativo y electrónico, del acto público No.2018-1-51-01-08-LP-001109. (lo resaltado es nuestro).

Ahora bien, sobre la motivación expresada por la entidad contratante en su Informe de 19 de diciembre de 2018, y en atención al artículo 41 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, procedimos a revisar en los expedientes, administrativo y electrónico, del referido acto público No.2018-1-51-01-08-LP-001109, si reposaba o no documentación alguna que demostrara si la entidad contratante realizó algún estudio previo, si verificó efectivamente el precio del mercado, si tomó en cuenta las adquisiciones históricas, y si hubo aumento o disminución de costos, entre otros elementos, con la finalidad de adquirir el mayor beneficio para el Estado y el interés público; dando como resultado que no se encontró evidencia alguna.



“Artículo 41. Precio de referencia. *Cada entidad será responsable de estimar el precio de referencia, considerando los estudios previos, precio de mercado, adquisiciones históricas, aumentos o disminuciones de costos, disponibilidad del producto, entre otros elementos, con el objeto de obtener el mayor beneficio para el Estado y el interés público.”*

Relativo al aspecto de la motivación, consideramos que en el aludido Informe de la Comisión Verificadora de 19 de diciembre de 2018, no se reflejó el recuento de todas las diligencias de investigación que debió adelantar y ejecutar la entidad licitante antes de la convocatoria del acto público objeto del presente análisis, ni luego de que la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP) dispusiera con la Resolución No.DF-1223-2018 de 22 de octubre de 2018, anular totalmente el Informe de la Comisión Verificadora de 21 de agosto de 2018, ordenándole al Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá, la realización de un nuevo análisis total, a través de una nueva Comisión, de todas las propuestas para determinar si eran o no riesgosas y con ello emitiera un nuevo Informe de Verificación debidamente motivado. (lo resaltado es nuestro).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha destacado en las Sentencias de 22 de junio de 2018 y de 04 de abril de 2016 – respectivamente, lo siguiente:

“De lo expuesto se advierte que el contenido de la motivación se refiere principalmente los fundamentos de hecho y de derecho que justifican la emisión del acto administrativo, no resultando admisible el simple señalamiento de las normas legales aplicables, sino que debe ser lo suficientemente explícita y con un análisis de la situación que permitan que el acto se baste a sí mismo; habrá de ser lo suficientemente claro, y que incluso justifique el contenido u objeto de la decisión”.

“Se entiende que un acto administrativo se encuentra motivado en el caso en que su parte dispositiva o resolutive establezca de forma clara, expositiva y detallada de motivos, razones o fundamentos que justifican la Administración Pública adopte una determinada decisión en base a lo contemplado previamente en la Ley” (Parada, Ramón. Derecho Administrativo I: Parte General, 17ava edición, España, Editorial Marcial Pons, 136-137).”

En resumida cuenta, tal cual hemos manifestado a lo largo del presente examen, el Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, implanta que cuando el pliego de cargos no establezca el margen de riesgo, la entidad podrá adjudicar el acto público de acuerdo al criterio establecido en el pliego de cargos; así como que las propuestas se consideraran riesgosas cuando ofrezcan un precio o condición técnica o de otro tipo con el cual materialmente resulte difícil cumplir con el objeto del contrato.

No obstante, el artículo 16 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado con la Ley 61 de 2017, instaura entre otras, que son obligaciones de las entidades contratantes el *“obtener el mayor beneficio para el Estado y el interés público, cumpliendo con las disposiciones de la presente Ley, su reglamento y el pliego de cargos”*, así como *“seleccionar al contratista en forma objetiva y justa”*, siendo objetiva y justa la selección en la cual se escoge la propuesta más favorable a la entidad y a los fines que la entidad contratante busca, con base en lo plasmado en el pliego de cargos y en las disposiciones jurídicas; y no injustificadamente como denota la presente causa.

Adicionalmente, el numeral 8 del artículo 22 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado con la Ley 61 de 2017, establece que *“con la debida*



antelación a la apertura del procedimiento de selección de contratista, deberán elaborarse los estudios, los diseños y los proyectos requeridos, así como los términos de referencia y el pliego de cargos, asegurándose de que su elaboración no se realice en forma incompleta, ambigua o confusa". (lo resaltado es nuestro).

Así mismo, el artículo 28 del precitado Texto Único de la Ley 22, hace referencia al principio de igualdad de los proponentes, el cual tiene por objeto garantizar la actuación imparcial de las entidades públicas dentro del procedimiento de selección de contratista en todas sus etapas.

"Artículo 28. Principio de igualdad de los proponentes. Este principio tiene por objeto garantizar la actuación imparcial de las entidades públicas dentro del procedimiento de selección de contratista en todas sus etapas, que les permita a los proponentes hacer ofrecimientos de la misma índole y tener las mismas posibilidades de resultar adjudicatarios.

Los parámetros para la aplicación de este principio son los siguientes:

- 1. Los pliegos de cargos establecerán reglas generales e impersonales que aseguren que no se discrimine o favorezca a un proponente en perjuicio de otro.*
- 2. Las entidades no podrán fijar en los pliegos de cargos cláusulas determinantes de circunstancias subjetivas ni señalar marcas comerciales, números de catálogos o clases de equipos de un determinado fabricante.*
- 3. La adjudicación deberá hacerse sobre los términos y condiciones previamente establecidos en el pliego de cargos, no pudiendo después de esta modificar condiciones sobre las que se efectuó el acto público.*
- 4. Todos los proponentes en los procedimientos de selección de contratistas tendrán trato igualitario y contarán con las mismas garantías."*

(Lo resaltado es nuestro).

En este mismo orden y dirección, los artículos 38, 39 y 40 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, consagran que la entidad contratante elaborará previo a la celebración del procedimiento de selección de contratista, el pliego de cargos; que las entidades deberán realizar los estudios previos para la elaboración de los pliegos de cargos y del contrato, para determinar la necesidad que requieren satisfacer con el proceso de contratación pública, el objeto a contratar con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos, licencias y demás, así como los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto, los criterios para seleccionar la mejor propuesta, el precio de referencia, incluyendo precios unitarios y totales; que las entidades licitantes, antes de la celebración del procedimiento de selección de contratista, podrán efectuar reuniones o consultas con los proveedores mediante llamados públicos o abiertos a través de correos electrónicos y otros, con el objeto de obtener información acerca de los precios, costos asociados, características de los bienes, servicios u obras requeridas, tiempo de preparación de las propuestas o cualquier otra información que se requiera para la confección del correspondiente pliego de cargos.

En consecuencia, es menester reseñar que el precio de referencia fijado por el Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá en el acto público No.2018-1-51-01-08-LP-001109 fue de TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL BALBOAS CON 00/100 (B/.352,000.00) y que el criterio de selección estipulado fue que, "se adjudicaría al proponente que ofertó el precio más bajo y que a la vez cumpliera con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos"; además, no se evidenció en los expedientes, administrativo y electrónico, documentación alguna que demostrara si la entidad contratante realizó algún estudio previo, si verificó efectivamente el precio del mercado, si tomó en cuenta las adquisiciones históricas,



y si hubo aumento o disminución de costos, entre otros elementos, con el fin de adquirir el mayor beneficio para el Estado y el interés público; es decir, no se justificó debidamente la posterior decisión de la entidad licitante de fijar el porcentaje de riesgo en 50% del precio de referencia, cuando primeramente habían establecido en los respectivos pliegos de cargos, que no aplicaba el margen de riesgosisdad.

Conforme al artículo 33 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado a través de la Ley 61 de 2017, se determina que el pliego de cargos debe contener reglas objetivas, claras y justas; veamos:

“Artículo 33. Estructuración del pliego de cargos. *La entidad licitante de que se trate elaborará, previo a la celebración del procedimiento de selección de contratista o a la excepción de este, el correspondiente pliego de cargos o término de referencia, que contendrá:*

- 1. El aviso de convocatoria con la indicación del precio de referencia y la correspondiente partida presupuestaria. Cuando la entidad lo estime pertinente podrá incluir el margen de riesgo u onerosidad.*
- 2. Los requisitos para participar en el respectivo procedimiento de selección de contratista.*
- 3. Las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, a fin de asegurar una escogencia.*

...

- 8. Las condiciones generales, las especificaciones técnicas y las condiciones especiales, referentes al objeto de la contratación.*

...”

Adicional y como se ha revelado anteriormente, el numeral 33 del artículo 2 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado con la Ley 61 de 2017, establece que las reglas incluidas en los pliegos de cargos deben ser objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones, siendo esto extensivo a toda la documentación que deben llenar y presentar los proponentes; a fin de que lo aportado por cada oferente en el acto público, no sea arbitrario y discrecional, debido a la interpretación subjetiva que le puedan dar a los requisitos estipulados por la entidad contratante en el correspondiente pliego.

Hemos de advertir que esta instancia administrativa ha reconocido a través de sus precedentes que la carga de claridad del pliego de cargos corre a cuenta de la entidad contratante, es decir que los errores, las vaguedades y las imprecisiones provocadas por la entidad generan responsabilidad a su cargo.

A fin de complementar, el autor Benjamín Herrera, en su obra “Contrato Público” se refiere a la carga nacida en la elaboración de los pliegos de cargos indicando:

“9. CARGAS NACIDAS DE LA ELABORACIÓN DE LOS PLIEGOS.

Al elaborar los pliegos la administración corre con la carga de claridad, presente en toda la etapa pre y contractual, según la cual las ambigüedades, errores y equivocaciones inducidas generan responsabilidad a su cargo.”

Al respecto es oportuno precisar, que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas ha mantenido el criterio sostenido en reiteradas ocasiones de que “*El pliego de cargos es el documento rector dentro de los procedimientos de selección de contratista, es ley entre las partes, por consiguiente es de obligatorio cumplimiento para todos aquellos que se encuentran sujetos a esas reglas por ende el mismo no puede ser vulnerado de ninguna manera por los proponentes que participan en un*



acto de selección de contratista y mucho menos por la propia entidad administrativa que confeccionó pretendiendo adjudicar el acto público a una empresa que no se ajusta, a lo establecido en el pliego de cargos.” (Resolución No.059-2010-Pleno/TACDeCP de 23 de diciembre de 2010); y es que al ser el pliego de cargos el documento regente dentro de todos los procedimientos de selección de contratistas, se convierte en ley entre las partes, por lo que es de forzoso cumplimiento para todos los que nos encontramos sujetos a dichas reglas.

Sobre la base de los planteamientos anteriores, es importante resaltar lo contenido en el artículo 23 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado a través de la Ley 61 de 2017, el cual en su letra señala lo siguiente:

“Artículo 23. Principio de responsabilidad e inhabilidades de los servidores públicos. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuestas personas, contratos con la entidad u organismo en que trabajen, ni participar en este en calidad de propietarios, socios o accionistas de la empresa o de administradores, gerentes, directores o representante legal del proponente en un acto público. Esta disposición también será aplicable a los miembros de las juntas y de los comités directivos de entidades públicas y empresas en que el Estado sea parte.

Los servidores públicos que participen en los procedimientos de selección de contratista y en los contratos:

1. **Están obligados a procurar el cumplimiento de los fines de la contratación,** a vigilar la correcta ejecución del objeto del contrato y a proteger los derechos de la entidad licitante, sin perjuicio de los intereses legítimos de los contratistas y terceros.
2. **Serán legalmente responsables por sus actuaciones y omisiones antijurídicas,** sin perjuicio de la responsabilidad penal o administrativa. En este último caso, la actuación indebida se considerará una falta administrativa grave.
3. **Sus actuaciones estarán regidas por una conducta ajustada al ordenamiento jurídico,** y serán responsables ante las autoridades por infracciones a la Constitución o a la ley, y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de esta.
4. **Será responsable por la dirección y el manejo del proceso de selección y la actividad contractual,** el jefe o representante de la entidad licitante, quien podrá delegarlas en otros servidores de la entidad, sin perjuicio de las funciones de fiscalización y control que le corresponden a la Dirección General de Contrataciones Públicas.
5. Los que sean integrantes de comisiones de evaluación están obligados a actuar con estricto apego a la ley y a los criterios y metodologías contenidos en el pliego de cargos.”

(Lo resaltado es nuestro).

Recapitulando, el hecho de que el Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá, no sustentó ni motivó debidamente su decisión de fijar en 50% del precio de referencia, el margen de riesgosisd, ya que colocó en el pliego de cargos que “el porcentaje de riesgo a considerar no aplicaba” y que el criterio de selección era que “se le adjudicaría al proponente que ofertó el precio más bajo y que a la vez cumpliera con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos”; ocasionó que todas las propuestas aportadas fueran por debajo del precio de referencia; y tampoco se ubicó en los expedientes, administrativo y electrónico, documentación alguna que revelara que la entidad contratante realizó estudios previos, verificación efectiva del precio del mercado, toma en cuenta de las adquisiciones históricas, por si hubo aumento o disminución de costos, entre otros elementos, para adquirir el mayor beneficio para



el Estado y el interés público, y así demostrar que el 50% establecido en el Informe de Verificación de 19 de diciembre de 2018 (porcentaje de riesgo) fue el adecuado para el correcto cumplimiento del objeto del acto público No.2018-1-51-01-08-LP-001109 (*uniforme de fatiga conjunto: camisa y pantalón; color azul navy*); vulnerando así lo estipulado en la Ley de Contrataciones Públicas.

De lo preceptuado por el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado a través de la Ley 61 de 2017, se concluye que el pliego de cargos debe incluir o consagrar reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones, asegurando una escogencia objetiva; por lo que la entidad contratante con la estructuración de su pliego, fija los requisitos para participar en el procedimiento de selección de contratista, así como los requisitos de obligatorio cumplimiento por parte de los proponentes, y las condiciones generales, especificaciones técnicas y condiciones especiales referente al objeto de la contratación, entre otros (artículo 33 del citado Texto Único de la Ley 22 de 2006). Así mismo, la excerta legal citada, establece que las condiciones especiales son las estipulaciones elaboradas por la entidad contratante, aplicables a un procedimiento determinado, en atención a sus elementos específicos, en donde se incluyen entre otros, los factores objetivos de selección a utilizar en los respectivos actos públicos (artículo 37 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado mediante la Ley 61 de 2017); es decir, que los factores/reglas por transparencia, publicidad, igualdad de proponentes y debido proceso, entre otros, no deben ser variadas posteriormente sin la debida forma y sin conocimiento de todos los involucrados en el procedimiento de selección de contratista.

Dadas las condiciones que anteceden y luego del análisis de los documentos, estimamos que la actuación de la entidad licitante y de la Comisión Verificadora, vulneraron directamente lo establecido en el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenada mediante Ley 61 de 2017 y el pliego de cargos, tomando en consideración que se adjudicó el acto público al CONFECCIONES COMODORO, S.A., con fundamento en el Informe de la Comisión Verificadora de 19 de diciembre de 2018.

Lo anterior, da lugar a hacer mención a la modificación introducida por el artículo 7 del Decreto Ejecutivo 329 de 24 de octubre de 2018, al artículo 123 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018, que reglamenta la Ley de Contratación Pública, el cual dispuso que *“el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, cuando disponga modificar o anular el Informe de las comisiones evaluadoras / verificadoras, no podrá hacerlo sin enviarlo a los comisionados, y tampoco podrán emitir la decisión del caso, sin ordenar a la misma comisión o a nueva comisión que realice un nuevo Informe total o parcial”*; ya que, consideramos que tal disposición reglamentaria contraviene lo normado por el artículo 64 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, que faculta al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas para modificar parcialmente o anular totalmente el Informe de las comisiones evaluadoras / calificadoras, y decidir el asunto sin ordenar a la misma comisión o a nueva comisión que realice un nuevo Informe total o parcial, puesto que, ordenar un nuevo examen, representa una potestad discrecional del Tribunal.

Siendo que la reforma introducida al artículo 123 del Decreto Ejecutivo 40 de 2018 se encuentra en conflicto con el artículo 64 de la Ley de Contratación Pública, nos corresponde aplicar la disposición legal por ser de jerarquía normativa superior a la



disposición reglamentaria, tal como lo indica el artículo 4 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenada a través de la Ley 61 de 2017:

“Artículo 4. Normas reguladoras. En la celebración del procedimiento de selección de contratista y en las contrataciones públicas en general, se dará cumplimiento a las normas constitucionales, al contenido de esta Ley y leyes complementarias, a las normas reglamentarias que se dicten al efecto, a las estipulaciones contenidas en los pliegos de cargos y a los contratos. En caso de conflicto, se atenderá el orden de prelación indicado en este párrafo...”
(Lo resaltado y subrayado es nuestro).

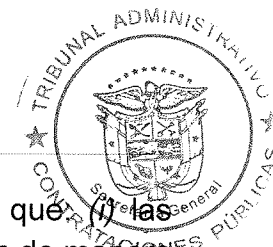
Este Tribunal procede entonces a utilizar una de sus facultades expresas y contenida en el artículo 64 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, que permite modificar parcialmente o anular totalmente el Informe de las comisiones evaluadoras / calificadoras, tal como se indica en las primeras líneas del quinto párrafo del comentado artículo, cuyo texto se lee:

**“...
El Informe de la comisión no podrá ser modificado ni anulado, salvo que, por mandamiento del representante legal de la entidad o el servidor público delegado, la Dirección General de Contrataciones Públicas o el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas se declare que se hizo en contravención de lo dispuesto en esta Ley o el pliego de cargos.
Cuando las autoridades antes mencionadas ordenen un nuevo análisis total o parcial a la misma comisión c un nuevo análisis a una comisión integrada por miembros diferentes a la comisión anterior, dicho Informe total o parcial deberá emitirse en un plazo no mayor de cinco días hábiles a partir del recibo del expediente, con una sola prorroga de hasta cinco días hábiles,
cuando la complejidad del acto así lo amerite.
...”**
(Lo resaltado y subrayado es nuestro).

De esta manera, el último párrafo de la norma citada destaca que cuando las autoridades que tienen facultad para modificar o anular el Informe de la comisión, ordenen un nuevo análisis total o parcial, deberán cumplirse los plazos enunciados para la remisión del nuevo Informe, siendo esta una potestad discrecional (ordenar un nuevo análisis), quedando el Tribunal legalmente facultado para modificar o anular el Informe, así como para decidir el recurso de impugnación interpuesto directamente, sin la intervención de la comisión.

Justamente, por mandato legal, el Tribunal puede resolver el fondo del asunto prescindiendo de una nueva evaluación de la comisión evaluadora / verificadora, particularmente cuando la impugnación no verse sobre los aspectos técnicos de las propuestas presentadas, en virtud de la competencia asignada a esta entidad por el numeral 1 del artículo 136 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado mediante Ley 61 de 2006, que le permite conocer en única instancia el recurso de impugnación contra el acto de adjudicación, la declaratoria de deserción o el acto o resolución por la cual se rechazan las propuestas, emitidos por las entidades en los procedimientos de selección de contratista.

En observancia de los principios de economía y eficacia que regentan la contratación pública, descritos en los artículos 22 y 24 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado a través de la Ley 61 de 2017, también sostenemos que el Tribunal puede decidir el fondo de los asuntos sometidos a su competencia cuando cuente con suficientes elementos de convicción que no le requieran someter un nuevo análisis a



las comisiones evaluadoras. Puntualmente, tales principios advierten que ⁽ⁱ⁾ las normas de los procedimientos de selección de contratista se interpretarán de manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos, o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos, para no decidir o proferir providencias inhibitorias; ⁽ⁱⁱ⁾ los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos, a fin de evitar dilaciones y retardos en la ejecución del contrato; y ⁽ⁱⁱⁱ⁾ los servidores públicos observarán las normas aplicables a los procedimientos de selección de contratista sin añadir requisitos y eliminando las formalidades no exigidas por la Ley, salvo cuando en forma expresa lo exija el pliego de cargos o leyes especiales.

Por otro lado, al interpretar la facultad legal otorgada a este Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas por el artículo 54 (hoy 64) de la Ley de Contratación Pública, cuyo contenido normativo y finalidad, en lo que atañe a la anulación o modificación del Informe de las comisiones, no cambió con las reformas introducidas por la Ley 61 de 2017 a la Ley 22 de 2006, en la Sentencia de 25 de noviembre de 2015, que decidió una acción de amparo de derechos constitucionales, bajo la ponencia del Magistrado ABEL ZAMORANO, el Pleno dejó establecida la prerrogativa que tiene el Tribunal para anular o modificar el Informe de las comisiones evaluadoras, sin que tenga que remitirlo a la comisión u ordenar un nuevo análisis. En este caso no se concedió el amparo constitucional. La Corte Suprema de Justicia dijo:

“En cuanto a la capacidad jurídica y a la competencia del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, para emitir la resolución demandada, observamos que la misma se apoya en el contenido del artículo 54 de la Ley 22 de 2006, donde se señala expresamente la facultad de dicho tribunal para anular o modificar el Informe emitido por la Comisión Evaluadora o Verificadora, siempre y cuando considere que el mismo fuese efectuado en contravención con la Ley de Contrataciones Públicas o al Pliego de Peticiones”.

(Lo resaltado es nuestro).

El último párrafo del artículo 54 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 48 de 2011, preceptuaba:

“...

El Informe de la comisión no podrá ser modificado ni anulado, salvo que por mandamiento del representante legal de la entidad, la Dirección General de Contrataciones Públicas o el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas se declare que se hizo en contravención de lo dispuesto en esta Ley o el pliego de cargos. En estos casos, las autoridades antes mencionadas cuando ordenen un nuevo análisis total o parcial de las propuestas, ya sea por parte de la misma comisión o de una nueva comisión, dicho Informe total o parcial deberá emitirse en un plazo no mayor de tres días hábiles”.

(Lo resaltado y subrayado es nuestro).

En tanto, hoy día los dos últimos párrafos del artículo 64 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, señalan:

“...

El Informe de la comisión no podrá ser modificado ni anulado, salvo que, por mandamiento del representante legal de la entidad o el servidor público delegado, la Dirección General de Contrataciones Públicas o el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas se declare que se hizo en contravención de lo dispuesto en esta Ley o el pliego de cargos.



Cuando las autoridades antes mencionadas ordenen un nuevo análisis total o parcial a la misma comisión o un nuevo análisis a una comisión integrada por miembros diferentes a la comisión anterior, dicho Informe total o parcial deberá emitirse en un plazo no mayor de cinco días hábiles a partir del recibo del expediente, con una sola prórroga de hasta cinco días hábiles, cuando la complejidad del acto así lo amerite.

(Lo resaltado y subrayado es nuestro).

Por lo antes expuesto, esta Colegiatura estima imperioso verificar nuevamente las propuestas presentadas con la finalidad de comprobar si cumplen o no con los señalamientos y demandas del pliego de cargos del acto público No.2018-1-51-01-08-LP-001109; objeto de revisión en atención al recurso de impugnación interpuesto por **RADITEK INC.**

Primero, pasamos a examinar la propuesta electrónica presentada por el impugnante **RADITEK INC.**, por ser la de menor precio, por la suma de CIENTO VEINTISEIS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO BALBOAS CON 60/100 (B/.126,345.60), visible de foja 044 a foja 062 del expediente administrativo y en el portal electrónico de *PamamaCompra*; dando como resultado que la proponente cumple con la presentación de los requisitos obligatorios exigidos en el pliego de cargos [fianza de propuesta (061); certificado de existencia del proponente (058-059); paz y salvo de renta (056); paz y salvo del pago de la cuota obrero patronal a la Caja de Seguro Social (057); declaración jurada de medidas de retorsión (055); aviso de operaciones (054); incapacidad legal para contratar (052-053); formulario de propuesta (050-051); nota notariada de certificación de venta de uniformes (046); referencias bancarias (049); muestras físicas (342 a 349); certificación de registro de proponentes (044)].

Con relación a lo exigido en el *numeral 4* de “*Otros Requisitos*” del pliego de cargos, según reposa en el Acta de apertura de propuestas de la entidad contratante, calendada el 25 de junio de 2018 (fojas 342 a 349 del expediente administrativo), **RADITEK INC.** aportó las muestras físicas por cada renglón en la marca, modelo y color ofertado en el formulario de propuesta; información que posteriormente fue validada por la Comisión Verificadora en sus informes.

Así las cosas, por las razones antes descritas y debido a que la recurrente ofertó el precio más bajo y a la vez cumplió con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos del acto público de selección de contratista para la Licitación Pública No.2018-1-51-01-08-LP-001109, lo oportuno es *revocar* la Resolución 018-19 de 14 de febrero de 2019, emitida por el Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá, con fundamento en el artículo 213 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018:

“Artículo 213. (Decisiones del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas).

El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, luego del análisis de los hechos y las pruebas que obren en autos, procederá a confirmar, modificar, revocar o anular lo actuado por la entidad contratante.”

Por otra parte, aprovechamos la oportunidad para hacer un llamado de atención a la entidad contratante, toda vez que los pliegos de cargos deben incluir todos los requisitos para participar en el respectivo procedimiento de selección de contratista; así como las reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la mayor participación de los interesados en igualdad de condiciones, a fin de asegurar una escogencia objetiva.

En un Estado de Derecho, la Administración se somete a un orden que debe cumplir y hacer cumplir, sin criterios subjetivos, con el único propósito de evitar la

91



discrecionalidad o, peor aún, la arbitrariedad; de tal manera que la Administración no puede evaluar propuestas bajo criterios subjetivos ya que incurriría en discrecionalidades.

Por último, en lo referente a la fianza del recurso de impugnación, este Tribunal opina que es procedente su devolución, considerando que no se ha observado temeridad en la actuación del recurrente.

En consecuencia, y en atención a todo lo anteriormente expuesto, el Pleno del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en uso de sus facultades legales y reglamentarias;

RESUELVE:

PRIMERO: ANULAR el Informe de la Comisión Verificadora, calendado el 19 de diciembre de 2018, visible de fojas 435 a 448 del expediente administrativo y en el portal electrónico de *PanamaCompra*, del acto público de selección de contratista para la Licitación Pública No.2018-1-51-01-08-LP-001109, debido a que el mismo se elaboró en contravención con la Ley de Contrataciones Públicas y lo dispuesto en el pliego de cargos.

SEGUNDO: REVOCAR los efectos de la Resolución 018-19 de 14 de febrero de 2019, por la cual el Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá, adjudicó el acto público No.2018-1-51-01-08-LP-001109 a CONFECCINES COMODORO, S.A., por la suma de CIENTO OCHENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE CON 20/100 (B/.182,499.20).

TERCERO: ADJUDICAR a **RADITEK INC.**, el acto público de selección de contratista para la Licitación Pública No.2018-1-51-01-08-LP-001109, para *"uniformes de fatiga conjunto: camisa y pantalón; color azul navy"*, por la suma de CIENTO VEINTISEIS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO BALBOAS CON 60/100 (B/.126,345.60); por ser la propuesta que cumple con todos los requisitos y exigencias del pliego de cargos.

CUARTO: ORDENAR la devolución de la Fianza de Impugnación consistente en Cheque Certificado No.000732, expedido por Banco General a la orden del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas / Contraloría General de la República, por la suma de DOCE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO BALBOAS CON 00/100 (B/.12,635.00), de acuerdo a la Diligencia de Consignación No.014-2019 de 21 de febrero de 2019, que reposa a foja 031 del expediente del Tribunal.

QUINTO: DEVOLVER al Benemérito Cuerpo de Bomberos de la República de Panamá, el expediente administrativo contentivo del procedimiento de selección de contratista para la Licitación Pública No.2018-1-51-01-08-LP-001109, integrado por un (1) tomo con cuatrocientos ochenta y dos (482) folios útiles y sus muestras físicas, según Informes que reposan a foja 067 y 088 a 089 del expediente del Tribunal.

SEXTO: NOTIFICAR a las partes la presente Resolución para los efectos legales pertinentes, a través del sistema electrónico de contrataciones públicas *PanamaCompra*, notificación que se entenderá surtida transcurrido dos (2) días hábiles posterior a su publicación en el referido sistema.

SÉPTIMO: ADVERTIR a las partes, que esta Resolución agota la vía gubernativa y

9

contra la misma no se admitirá recurso alguno, salvo la acción que corresponda ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

OCTAVO: DISPONER la salida y archivo del expediente No.019-2019, previa anotación en el registro respectivo.

FUNDAMENTO DE DERECHO: artículos 2, 8, 16, 20, 21, 22, 23, 24, 28, 33, 37, 53, 64, 65, 136, 145, 146, 148, 151, 152, 154, 155 y 161 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado con la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017; artículos 38, 39, 40, 41, 43, 73, 125, 207 y subsiguientes, y 213 del Decreto Ejecutivo 40 de 10 de abril de 2018; artículo 7 del Decreto Ejecutivo 329 de 24 de octubre de 2018; y demás normas concordantes y complementarias.

Notifíquese y Cúmplase,


ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ
Magistrado


JOSÉ ARANDA RÍOS
Magistrado


DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS
Magistrado


ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS, EN PROCESO DE IMPUGNACIÓN PRESENTADO POR EL PROPONENTE RADITEK, INC., A TRAVÉS DE SU REPRESENTACIÓN ESPECIAL, EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN No. 018-2019 DE 14 DE FEBRERO DE 2019, DICTADA POR EL BENEMÉRITO CUERPO DE BOMBEROS DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ.

Con fundamento en el artículo 115 del Código Judicial, supletoriamente aplicable, de conformidad al artículo 4 del Texto Único de la Ley No. 22 de 2006, manifiesto en esta ocasión mi disentir con lo resuelto en la parte motiva por el resto de los Magistrados que componen esta Colegiatura, quienes mediante la Resolución N°090-2019-Pleno/TACP de 30 de mayo de 2019 (Decisión) resolvieron revocar los efectos de la resolución venida en impugnación, y en su lugar decidieron adjudicar el procedimiento de selección de contratista No. 2018-1-51-01-08-LP-001109 a la empresa RADITEK, INC., por considerar el resto de los homólogos que es la que cumple con todos los requisitos del pliego de cargos. Decisión que no compartimos en razón de las siguientes argumentaciones jurídicas.

El procedimiento de selección de contratista es por la suma de Trescientos Cincuenta Mil Balboas con 00/100 (B/.350,000.00), como precio de referencia, y a pesar de que no fue solicitado porcentaje de riesgosis, la reglamentación a la ley especial señala que se considerará riesgosis, las propuestas que ofrezcan un precio o condiciones técnicas o de otro tipo con el cual materialmente resulte difícil de cumplir el objeto del contrato.

Así las cosas, debemos garantizar la calidad de los bienes a adquirir por el Estado, lo que va de la mano con el mayor beneficio, adquiriendo un objeto que cumpla con un mínimo de exigencias y no sea una adquisición que sea duradera y que obligue a la entidad a licitar nuevamente.

Si bien el pliego de cargos no hace referencia a un porcentaje de riesgosis en particular; no obstante, la ley sí lo observó en los procedimientos de licitación por mejor valor y licitación por mejor valor con evaluación separada, precisamente para garantizar la importancia del asunto y el compromiso de las entidades con las arcas del Estado, estableciendo un margen del 20%, el cual podría ser utilizado por analogía, lo cual no resulta desproporcionado para el caso en examen.

No podemos perder de vista que nos encontramos ante un procedimiento administrativo en la fase del agotamiento de la vía gubernativa, que no es más que darle a la Administración la oportunidad de corregir o enmendar sus propios errores, dicho en otras palabras, con el agotamiento de la vía gubernativa se pretende que dentro de la propia Administración Pública se pueda revocar el acto administrativo que afecte al administrado o le cause perjuicios, siendo un mecanismo de control de juridicidad y legalidad, en lo interno de la Administración Pública, donde se presentan recursos en

las distintas instancias frente a la propia Administración, contra los actos administrativos creadores de situaciones individuales o concretas. Por consiguiente, la Administración no tiene sólo el deber de decidir sobre el derecho subjetivo y el interés legítimo del particular, sino que también, en ejercicio del control de legalidad interno, tiene la oportunidad y el deber jurídico de revisar y reestablecer el imperio de la legalidad transgredida por un proceder ilegítimo de la propia Administración. Es por ello, que, ante la interposición de recursos impugnativos, la Administración tiene la facultad y oportunidad de revisar su propia actuación antes de que la misma quede en firme, manteniendo la decisión o corrigiendo o enmendando sus propios errores, revocando o reformando el acto administrativo originario, el cual no causa estado mientras se encuentre impugnado por los recursos administrativos, así lo ha determinado la Doctrina y la Jurisprudencia Contenciosa. Por ello, como consecuencia de la figura jurídica en mención, es que fundamentamos la revisión integral de las decisiones provenientes de las entidades.

Adjudicar un acto público a una propuesta que ofertó aproximadamente un 63% por debajo del precio de referencia, es consentir que el objeto contractual sea de muy mala calidad, tomando en consideración que el precio de referencia se estima de acuerdo a los estudios previos de mercado, adquisiciones históricas, aumento o disminuciones de costos, disponibilidad del producto, entre otros elementos.

De manera que un objeto contractual que se encuentra 20% por debajo del precio de referencia ya es considerado riesgoso, peor aún un 63%, precisamente porque sería cuestionable la calidad del mismo y una inversión infructuosa que en nada contribuye con los fines del Estado.

No aceptar este razonamiento, y conceder actos públicos a ofertas que no se encuentren limitadas por un porcentaje de riesgosisdad u onerosidad sería como admitir una propuesta que sobre pase los límites hasta el punto de caer en las reglas de un procedimiento de selección de contratista distinto al que se encuentre evaluando en ese instante.

En vista de los razonamientos expuestos, y como quiera que la mayoría tiene un criterio que no comparto, respetuosamente, Salvo mi Voto.

DIÓGENES DE LA ROSA CISNEROS.

Magistrado

ALBERTO C. VÁSQUEZ R.
Secretario General

